

【論説】

死刑の廃止と代替刑をめぐる若干の考察

三 原 憲 三

目次

- 一 まえがき
- 二 死刑廃止運動をめぐる諸問題
- 三 死刑をめぐる国際的な議論の状況
- 四 死刑をめぐる展望
- 五 代替刑の提案をめぐる
- 六 むすびに代えて

一 まえがき

法務省は、平成五（一九九三）年三月二六日、三年四か月間行なわれていなかった死刑の執行が行なわれたと発表した。大阪拘置所で二名、仙台拘置所で一名の計三名であった。さらに続くこと十一月二六日には、大阪拘置所で二名、

東京拘置所で一名、札幌拘置所で一名の計四名に対して死刑の執行を行なった。昭和五一（一九七六）年の一二名の執行以来、一七年ぶりの大量処刑ということになる。平成元（一九八九）年十一月一日、福岡拘置所での処刑を最後に、平成二（一九九〇）年から平成五（一九九三）年三月まで執行ゼロの状態が続いていたにもかかわらずである。この死刑執行の再開はさまざまな領域に波紋を投げかけることになったのは衆知のとおりである。そして、その後も毎年のように死刑の執行が行なわれてきたのである。そのくわしい内容については、年報・死刑廃止編集委員会による『年報・死刑廃止二〇〇三 死刑廃止法案』三六六頁以下に掲載されているので参照にしたい。ところで、平成一六（二〇〇四）年九月一日に大阪教育大学付属池田小学校に乱入して児童八人を刺殺し、他に児童一三人と教師二人に重軽傷を負わし、大阪地裁で死刑判決が確定していた宅間守死刑囚（40才）に対する死刑が執行されたと報じられた。⁽¹⁾この事件は、判決確定から一年という異例の早さでの執行は死刑廃止の議論とあわせて大きな問題を提起することになった。

宅間守死刑囚に対する死刑の執行は平成一二（二〇〇〇）年九月一二日の前回の執行から約一年ぶりである。そして、一四日は、福岡拘置所でも三人の暴力団関係者を殺害したとして、死刑の確定していた元暴力団組長 嶋崎末男死刑囚（59才）の執行も行なわれたと報じられた。その結果として、約三年四か月の中断を経て平成五（一九九三）年に死刑の執行の再開後の執行は四六人となった。⁽²⁾

さて、その後の死刑をめぐる国際社会の動きとしては、次のようにまとめることができる。すなわち、国際人権（自由権）規約人権委員会が、平成五（一九九三）年十一月四日、第三回の日本政府報告書の審査に当り、日本政府に対して死刑廃止にむけた措置を採ること、および死刑確定者の拘禁状態が規約に違反するとして、これを改善することを勧告している。しかしながら、その後もわが国において勧告を受けながらも一切の改善は行なわれなかった。その

ために規約人権委員会は、再度、平成一〇（一九九八）年十一月六日に日本政府に対して死刑の廃止および死刑確定者の処遇の改善を勧告した。

さらに、国連人権委員会は、平成九（一九九七）年から平成一四（二〇〇二）年まで毎年、死刑廃止に関する決議を採択してきているが、これらの決議は、死刑の存置国に対して、死刑の適用の制限、死刑に直面する者に対する権利の保障を遵守することと同時に、完全に死刑を廃止するために、死刑の執行の一時停止を求めている。

以上のような現状のなかで、従来の死刑存廃論の論争のあり方は、結果的には意見の留保ないしは、よく理解できないという人々を増やしてきただけという気がする。従って、現在、われわれは近時の死刑存廃論についての議論のあり方をもう一度踏まえ、その廃止論がどんな意味をもつのか、改めて提示し直す必要があるだろう。死刑廃止論は、すなわち、問題を掘り起こすことである。つまり、廃止することによって被害者感情が充足できるのかどうか、被害者感情がどのようなものであるのか、さらには、代替刑をどのようなものにすべきなのか、そして元来、刑罰とはどのようなものであるか、といった新たに根源的な問題を掘り起こすことになるからである。このようななか私としては、多種多様な意見の存在を前提とした議論をもとに、そうした寛容さと忍耐を社会がもちうる契機を、この死刑廃止論のなかで見つけだすことが必要であろうと考える次第である。

注

（一） 九月一四日付の朝日、毎日、讀売の各新聞の夕刊紙を参照。

（二） 九月一四日付の朝日、毎日、讀売の各新聞の夕刊紙を参照。

二 死刑廃止運動をめぐる諸問題

(1) 死刑執行の再開はさまざまな領域に波紋を投げかけた。⁽¹⁾国会レベルにおける「政治的なリーダーシップ」が強く求められている状況のなかで、平成六（一九九四）年四月六日、死刑廃止議員連盟が超党派で発足し⁽²⁾、二名の国会議員が参加をしている。⁽³⁾死刑廃止を推進する議員連盟の創立趣意書は、次のように明らかにしている。「日本はまさに死刑を廃止するか否かの重大な転換点にあります。廃止国の多くでは、死刑の存置を支持する多数の世論に抗して、議会が主導して死刑の廃止を実現して来ました。その歴史に鑑みずと、今やわたしたち議員の一人一人が死刑廃止について考え、決断することを求められています。死刑制度を廃止すべきか否か、そのために一定期間執行を停止すべきか否か、そして廃止に伴って新たな刑を導入すべきか否かなど、議員が国民に指針を示して議論を戦わすべき時期にきています。そのためにはまず、死刑制度を廃止することに関心のある議員が集まり、お互いに意見を交換し、思索をめぐらすことが肝要です。そこで、超党派の議員により、死刑制度について議論し、考察する場として国会において死刑廃止を推進する母体として、死刑廃止を推進する議員連盟の設立を提唱いたします。」として、その自らの役割を明確にしている。

ところで、朝日新聞社が平成六（一九九四）年五月に全衆議院議員を対象に実施した面接調査で、死刑制度について意見を聞いたところ、現行の死刑制度について廃止を含め何らかの見直しをすべきだという議員が、現状のままでいいとする議員をわずかだが上回ったとする報道をしている。総理府が、平成元（一九八九）年に世論調査を行なっているが、三人に二人が死刑存続の意見をもっていた（総理府による昭和四二（一九六七）年の調査によれば、死刑

存置は七一%、死刑廃止は一六%であり、平成元（一九八九）年の調査によると死刑存置は六六・五%、死刑廃止は一五・七%となっている。今回の衆議院議員面接調査は、死刑執行再開後の市民的な死刑廃止に関する議論の高まりのなかで、一般国民以上に死刑制度に対する疑義が広まっているともいえるのである。

死刑見直し派は四七%、現状維持派は四〇%である。回答状況は、条件を付けずに死刑廃止を主張した議員四〇人（八・四%）、「仮釈放を認めない終身刑などを創設して死刑を廃止する」が九三人（一九・六%）、「死刑を停止し議論を深める」が九一人（一九・二%）と、何らかの形で現行制度の見直しを求める声が目立っている。そして、「現状のまま」としたのは一九一人（四〇・二%）である。

現状維持派の多くは、①犯罪の抑止効果がある。②被害者や遺族の感情を無視できない、の二つを理由にしているのに対し、見直し派は、誤判の恐れを挙げる議員が多く、具体的な趨勢も考慮に入れるという見解もある。

(2) 刑事法研究者の間にも変化が起きている。「死刑廃止を求める刑事法研究者のアピール」が平成五（一九九三）年の秋に発表されている。二七九人の刑事法研究者の賛同を集めたアピールでは、死刑が完全に廃止されるべきことをふまえ、合法的主義としての死刑、被害者感情、凶悪犯罪を抑止する効果、誤判の可能性と死刑執行による回復の不可能などの点にわたり、死刑そのものに対する疑問を提示している。そのうえで、凶悪犯罪の減少傾向の継続、国際的な死刑廃止の動向、市民の意識の変化の兆しなどの点について、三月末までの「執行なし」期間に生じた死刑廃止をめぐる状況の変化を指摘している。それらを踏まえて、死刑の執行を停止したうえで、死刑廃止にむけて理性的、科学的な議論が尽くされるよう求めつつ、刑事法研究者として積極的な役割を果たすことを表明している。

従来、刑事法研究者の間では、死刑廃止を求める運動論的な要素に対して、慎重な態度を採る人々が多かったが、今回の死刑執行の意義を深く受け止めた研究者の具体的な活動として大いに注目すべきものである。

(3) 元來、死刑廃止に慎重な態度を採り続けていた弁護士会でも、この執行を契機として変化が起きている。平成五（一九九三）年に東京弁護士会の会員を対象とするアンケート調査で、死刑廃止論が六一・三%、死刑存置論が三二・三%と、死刑廃止論が初めて上回ったのである。

従来、日弁連は昭和二八（一九五三）年七月、死刑廃止の立法措置の可否⁽¹⁾について、全単位会の意見を調査している。その集計結果に基づいて、昭和二九（一九五四）年七月、「我が国の現場においては、死刑制度を存置すべきである」との意見を理事会で承認し、法務大臣に提出していた経緯がある。その後、日弁連は、昭和四九（一九七四）年三月の「改正刑法草案に対する意見書等」と、平成五（一九九三）年二月の「現行刑法現代用語化・日弁連私案」で、政治犯と結果的加重犯から死刑を削除したものの、殺人罪と強盗殺人罪の死刑だけは存続させていた。すなわち、殺人罪・強盗殺人罪に対する死刑をも禁止することが今日における死刑廃止論であるとすれば、日弁連は依然として、死刑存置論を採っていたことになる。しかし、現在、先の東弁のアンケート調査からも分かるように、日弁連ないし弁護士会として、その死刑制度に対する見解、すなわち、死刑廃止条約に賛成するの否かについて、弁護士会としての態度表明が迫られているということになる。⁽⁴⁾

ところで、弁護士会のアンケートに関しては、昭和二八（一九五三）年七月の日弁連が全会員を対象として実施した調査、これが第一回目であるが、そのときは、極めて回収率が悪い状況であった。その後、昭和五六（一九八一）年一月に、東京弁護士会が東京三会の会員を対象として実施した調査がある。その際の回答結果は、存置が六〇・四%、廃止が三九・六%であったが、その回収率も二一・三%と低率であった。そうした回収率の低さを改善するため、東京弁護士会の会員に限り、一月九日から二七日まで弁護士会で回答を呼びかけながら、回収を図る方法を採用してアンケートが行なわれている。

アンケートは、死刑に対する存否とその内容を問うものであり、無条件廃止が二四五名（二八・四％）、条件廃止が五六七名（四二・七％）と、死刑廃止論は八二二名（六一・三％）であるのに対し、条件付き存続二六三名（一九・八％）、無条件存続一六七名（二・五％）と死刑存置論が四三〇名（三二・三％）であり、これまでの弁護士を対象とするアンケート調査で、初めて死刑廃止論が過半数を越えたことになる。この結果の意義は大きい。

(4) マスコミについても、死刑廃止運動という文脈のなかでは捉えられないが、死刑執行再開後、さまざまな形でマスコミも関心を示してきた。テレビ朝日の『ザ・スクープ』が、その斬新な視点から取り上げたさまざまな事例は、多くの人々の関心を惹いた。また、TBSテレビが平成六（一九九四）年の六月に、三九年前に大阪拘置所で執行された死刑の模様を録音したというテープを再生し、その音声を送っている。テープは昭和三〇（一九五五）年二月に、当時の拘留所長が死刑の残酷さを訴えるために録音し、翌年に死刑廃止法案が参議院で審議された際、資料として提出されたものである。代表的なマスコミが取り上げた二つのことからいえることは、死刑存置論が高まりつつあるなかで、死刑執行にかかわるさまざまな情報が全く開示されていないということへの問題提起であり、なお、かつ、その正確な情報を求めようというマスコミの要求の結果に他ならないのである。とりわけ、前者の『ザ・スクープ』は、被害者の遺族が語る死刑について、興味深い取材を行なっている。⁽⁵⁾

(5) 市民運動としても、『アムネスティ・インターナショナル日本支部』の活動や、『死刑廃止フォーラム90』といった、市民運動の集合体さまざまな活動を繰り広げている。その運動のあり方も、ただ単に人道主義的なものを掲げながらの廃止運動ではなく、その今なぜ死刑の執行なのか、今なぜ死刑が存置されねばならないのか、といった市民的な感覚に訴える形で、あるいは、市民に考える契機を与えるという形で市民運動が展開されている。

フォーラム90は、単に首都圏だけの運動ではなく、全国各地へとそれが広がっている。そうした市民運動を踏まえ、

在野の法律家運動もこれに呼応する形で、死刑問題を改めて考える契機を作り始めている。日本民主法律家協会や、あるいは青年法律家協会等々さまざまな法律家運動を担ってきた諸団体も、その死刑に対して今改めて議論を深める契機を作り始めている。

(6) ところで、裁判所にも大きな変化が起きている。死刑事件で被告の上告を棄却した最高裁第三小法廷の判決のなかで、大野正男裁判官が死刑廃止国が増えている国際動向などを踏まえ、「この四五五年間にその基礎にある立法的事実に重大な変化が生じていることに着目しなければならぬ」との補足意見を示した。

最高裁は昭和二三（一九四八）年三月二二日に、死刑は憲法に違反しないという合憲判断を下して以来、そして昭和五八（一九八三）年七月八日の永山事件で、死刑適用基準を提示して以来、その死刑制度に対して明確な判断を下すことを避けてきた。しかし、平成五（一九九三）年九月の大野補足意見は、立法提案にまで踏み込んだ形で、補足意見を述べており、今回の死刑執行の再開の問題をとらえ直している結果ともいえるだろう。一裁判官の個人的な見解とはいえ、死刑制度のあり方そのものに触れる詳細な意見は、昭和二三（一九四八）年の大法廷判決以来、四五五年ぶりということになる。大野裁判官は、「裁判所としては、死刑を適用するときは、常にその時代と社会の状況及び犯罪と刑罰との均衡に対する国民の意識の変化に注目して、死刑が残虐と評価される余地がないかを検討すべきである」。死刑廃止条約が採択されたことや、免田、財田川、松山、島田の死刑再審無罪事件の存在を掲げ、「この四五五年間における死刑に関するこのような新しい事実の発生を見ると、死刑が残虐な刑罰に当たると評価される余地が著しく増大したということが出来る」という認識を示した。さらに、国民の意識について、総理府や新聞社などの世論調査を引用し、「この四〇年近く、ほとんどの変化が見られず、一貫して大多数が死刑の存置を支持している」とし、「しかし同時に、死刑の廃止に向かいつつある国際的動向と、その存続を支持する我が国民の意識とが、このまま大きな隔た

りを持ち続けることは好ましいことではないであろう」とし、その解決策として、「たとえば、一定期間死刑の執行を法律によって実験的に停止して、犯罪増加の有無との相關関係を見るとか、服役一〇年を過ぎた場合に仮出獄の対象となり得る無期刑（刑法二八条）とは別種の無期刑を設けて、罪刑の均衡を図るとか等の法制——が考えられるであろう」と、立法上の政策を提言している。

これは、ただ単に中立的な見解という位置づけを与えられるものではないだろう。かねてより、廃止論・存置論の二項対立のなかで、廃止か存置かという決着の付け方を迫ってきた従来のそのなかで、その「実質的な議論を高めること」に主眼をおいた一つの解決策としては、注目すべきものがある。

注

- (1) 平成五（一九九三）年一月に、大阪拘置所などで四人の死刑が執行されて以来、約一年ぶりに、平成六（一九九四）年二月、仙台拘置所と東京拘置所で二人の死刑が執行された。なお、その後の死刑執行記録については、年報・死刑廃止編集委員会編『年報・死刑廃止二〇〇三死刑廃止法案』三六六頁以下参照。
- (2) 三原憲三『死刑廃止の研究』（第三版）（成文堂 二〇〇一年）三〇九頁以下、同『死刑存廃論の系譜』（第五版）（成文堂 二〇〇三年）一三三頁以下。
- (3) 亀井静香『死刑廃止論——死刑廃止は世界の流れ・死刑は、なぜ廃止すべきか・国民的論議を呼びかける』（花伝社 二〇〇二年）四二―四三頁に平成一四（二〇〇二）年五月二六日現在の死刑廃止を推進する議員連盟の会員名簿の記載がある。
- (4) 内田剛弘『死刑制度と弁護士会』三原古稀（二〇〇二年）四一頁以下。
- (5) 「一九九四年超党派の国会議員による『死刑廃止を推進する議員連盟』が結成され、九五年、死刑執行停止法案を議員立法として提出する検討を開始したところ、議員連盟の協力要請を受けた衆議院法制局から同法案につき違憲の疑いがあるとの見解があったといわれている」日本弁護士連合会『死刑制度問題に関する提言』（二〇〇二年）二七頁（注35）。「死刑臨調設置法案」（死刑廃止を推進する議員連盟）に関する衆参両院議員へのアンケート結果について、NCD三〇号一頁以下参照。
- (6) 平川宗信「大野補足意見と死刑廃止論」法学教室一六〇号一―四頁以下。

三 死刑をめぐる国際的な議論の状況

平成五（一九九三）年一月四日の第二二九〇回「規約人権委員会」において、わが国に対する委員会のコメントが採択された。^{〔1〕} 規約人権委員会での審査の結果をうけて、わが国の人権状況等に関する懸念をいくつか表明しているが、死刑に関しては、「最も重大な犯罪」にのみ死刑を適用すべきであるのに、わが国の死刑における死刑対象の犯罪の数と性質には憂慮する点がある。

「死刑確定者の拘禁の状態について懸念があり、特に、面会と通信に対する不相当な制限、および死刑執行後家族に通知しないことは、B規約と両立しないと考える」としている。

さらに、この懸念をうけた形でコメントは「提言」と「勧告」を設けている。そのなかで、死刑に関しては、「わが国が死刑制度の廃止にむけた措置を講じること、それまでの間は死刑の適用を最も重大な犯罪に限定するとともに、死刑確定者の処遇を再検討すること」というように、死刑制度の廃止を勧告している。

なお、この規約人権委員会とは、いわゆる国際人権B規約の第一〇条に基づいて設置された規約の実施を監督する機能を担う組織である。規約では、締約国に実施状況を報告することを義務づけており、日本政府が提出した「政府報告書」の審査が平成五（一九九三）年一〇月二七日から二八日の二日間、ジュネーブにおいて行なわれている。日本政府は平成三（一九九一）年一二月に、その報告書を提出している。その規約人権委員会では、さまざまなわが国の人権状況が議論されているが、とりわけ死刑問題に関しては、次のような議論があったことが紹介されている。^{〔2〕}

「死刑の対象となる刑が多すぎるのではないか。過失犯についても死刑が適用される恐れがあるのではないか（シャ

ネ委員 (Mrs. Christine CHANET)。「五年間にわたる死刑執行の一時停止の後に執行が再開されたが、この一時停止の間に重大犯罪が増えたのか」(マヴロプティス委員 [Mr. Andreas V. MAVROMMATIS])。「死刑確定者は、長期間拘禁されているのか」(ヒギンス委員 [Mrs. Rosalyn HIGGINS])。「死刑制度の世論の支持があるというが、このような問題について世論を理由として制度を存置させるべきではないだろう。政府は世論を死刑廃止の方向に動かす努力をすべきである (エヴァット委員 [Mrs. Elizabeth EVATT])」。「死刑確定者はなぜ独居拘禁されるのか。また、心情の安定を理由に面会や手紙が制限されるのは不当ではないか」(ヒギンス委員 [Mrs. Rosalyn HIGGINS])。「死刑執行の事実を発表しないのはなぜか。また、執行を事前に家族にすら知らせないのでは、家族と相続の問題すら相談できないのではないか」(ブラドヴァレフホ委員 [Mr. Julio PRADO VALLEJO])等の質問が出されている。

こうしたそれぞれの委員の質問に対して、政府の委員は次のように答えている。その政府委員の一人の三谷紘委員 (法務省矯正局総務課長 (当時)) の答えは、次のとおりである。

- (1) 独居拘禁を原則とはしているが、問題がない場合には、運動・宗教行事などを共同で行なわせている。
- (2) 死刑確定者は社会から隔離して、身柄を厳格に確保する必要があるうえに、彼らは大きな精神的不安と苦悩のなかにあることから、身柄の確保を阻害するような場合や、本人の心情の安定を阻害するような場合には、面会や手紙のやり取りが制限されるのは止むを得ないことだ。
- (3) 死刑の執行については、死刑確定者の家族、その他関係者の名譽、心情等ことさら傷つけないよう配慮する必要があるうえ、他の死刑確定者の心情の安定にも留意する必要があることから、年ごとの執行数を統計により明らかにするものの、個別の執行状況は公表しないことにしている。

- (4) 死刑執行日が事前に外部に漏れることによる悪影響を考慮し、執行日を事前に家族に知らせることはしていない

い。相続問題と家族の間の調整は、それ以前の面会等の機会に十分行なわせている、と言うように回答し、「日本の実情」に対する理解を求めている。

しかし、委員会では、人権、とりわけ生命への権利を国家が制限しうる、ないしそれを奪える明確な根拠が問われているのである。それに対する政府委員の答えは、従来わが国において繰り返されてきた、心情の安定、家族の名誉、心情の保護を繰り返しただけにすぎない。

国際社会は、昭和二三（一九四八）年に採択した世界人権宣言第三条で「すべて人は生命・自由及び身体の安全に対する権利を有する」とし、第五条で「何人も残虐な、非人道的な、もしくは屈辱的な取り扱い、もしくは刑罰をうけることはない」とした精神を昭和四一（一九六六）年一月に採択された、いわゆる国際人権B規約の六条、生命権の保障に結実させていった。⁽³⁾そして、さらに昭和五七（一九八二）年七月の国連規約人権委員会第三七八回会合においては、「市民的及び政治的権利に関する国際規約第六条に関する全体的コメントで規約人権委員会は、B規約第六条の宣言する生命権は、「施行の権利であり、国民の生存を脅かす公の緊急事態（第四条）の際といえども、その侵害は許されないものである」とした。そして、こうした国際社会の人権に関する水準は、平成元（一九八九）年一月一五日の第四四会期国連総会で「本議定書の締約国の管轄下にある者は、何人も処刑されることはない。各締約国は、その管轄下において死刑廃止のためのあらゆる必要な措置を講じなければならない」（一条）とする「死刑廃止条約」への採択へと収斂していく。すなわち、死刑廃止にむけての「市民的、及び政治的権利に関する国際規約」の「第二選択議定書」の採択である。⁽⁴⁾

現在、わが国においても、この第二選択議定書のみならず、いまだ未批准の第一選択議定書、すなわち個人通報制度をあわせての早期批准を求める市民運動が高まりつつある。従って、一日も早くこの条約を批准すべく国内法を含

めた整備が急務である。

注

(1) 審議の状況等については、日本弁護士連合会「問われた日本の人権」(こうち書房 一九九三年)が参考になる。

(2) 三谷紘「B規約人権委員会による対日審査について」(一) 刑政一〇五巻五号四六頁。他に、同「B規約人権委員会による対日審査について」(二) 刑政一〇五巻四号三六頁以下参照。

(3) 辻本義男「死刑制度における国際的動向」中央学院大学総合科学研究所紀要六巻二七二頁以下。

(4) 北村泰三「国際人権法における死刑問題——死刑廃止条約の起草を視点として」熊本大学法学部創立十周年記念「法学と政治学の諸相」(成文堂 一九九〇年)所収、阿部浩己「国際人権法における死刑廃止——国連死刑廃止議定書の成立」法律時報六二巻三三七八頁以下、同「死刑廃止への挑戦——死刑廃止条約の成立経緯とその概要——」自由と正義四二巻一〇号五頁以下、同「解説・死刑廃止条約」法セミ総合特集シリーズ46「死刑の現在」所収、斉藤敏「いわゆる死刑廃止条約と我が国の立場」自由と正義四二巻一〇号一三頁以下、辻本義男「国連、死刑廃止条約を採択」月刊状況と主体一七〇号二四頁以下、同「死刑廃止にむけての市民的および政治的権利に関する国際規約第二選択議定書の成立とその意義」中央学院大学総合科学研究所紀要七巻二号、同「死刑廃止にむけての市民的および政治的権利に関する国際規約第二選択議定書」に関する報告書(仮訳)中央学院大学法学論叢三巻一号一頁以下、辻本衣佐「死刑の存廃をめぐる」加藤久雄・瀨川晃編「刑事政策」(青林書院 一九九八年)五四頁。

四 死刑をめぐる展望

被害者及びその家族の権利保障について社会的関心が高まっている。それは、他方で犯罪・非行対策に新たな視点が求められているということである。死刑問題についても、被害者問題は最も大きな焦点であったし、あり続けている。(1)

いま、大切なのは、被害者及びその家族の権利救済とケアを制度的に確立するための努力を社会が果たすとともに、ともすると被害者感情の考慮から嚴罰化論だけが声高に叫ばれるなかで、何がいったい問題なのか、冷静な問題の整理が必要なのだと思う。すなわち、死刑制度を存置することだけが被害者遺族の問題を解決するものではない。この点について、日弁連も「死刑相当犯罪などの凶悪犯罪による被害者遺族の受けた被害は、まさしく不条理であり、犯罪の被害者遺族の被害感情は深刻であるが、死刑制度の存続のみで、被害者遺族の問題が解決するものではない。日弁連は、凶悪な犯罪の起きないような社会、即ち死刑制度の必要としない社会を目指して努力しようとしている。それは、二度と同じような被害を出してほしくないという犯罪被害者遺族の願いと一致する」⁽¹⁾また、これら調査研究が進み、そして犯罪被害者に対する経済的援助、精神心理的な面での配慮と支援、刑事司法手続への適切な関与や被害者の権利の確立等の被害者対策が実現したときにこそ、被害者遺族の被害感情の緩和の道が開かれる可能性が生まれてくる。死刑制度問題からみても犯罪被害者対策の確立こそ重要である⁽²⁾との提言をしている。

死刑問題についても、容易に結論が出せる状況にない。しかし、であればこそ、議論と思索を次に進めるために、わたくしなりに死刑廃止に関わる問題を再確認しておくことにしたい。⁽³⁾

死刑廃止論は、われわれの社会において刑罰とはいったい何なのかを改めて考える契機になる。死刑廃止論は、死刑を廃止するための合理的・説得的な論理の構築だけですむものではない。それは、市民が国家的刑罰権・刑罰といかに向き合うのか、という問題を改めて掘り起こすことである。その意味で、法律家の問題としてのみならず、すぐれて市民的な問題であることを想起しておくことが必要であらう。

そうした観点から次のような諸点を確認しておくことが重要だろう。第一に、生命を守ることを説く法律と死刑の矛盾をどう解くのかである。わが国の憲法は、その一二条において「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自

由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」として生命の尊厳の重要性を説き、そして三六条で「公務員による拷問及び、残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」として、残虐な刑罰を禁止している⁽⁴⁾。そして、その憲法秩序をうけて刑法は、身体的・生命的な侵害に対して、厳しい刑罰をもって臨んでいる。そして一方で死刑を規定する。しかし、生命を守ることを説く法律の体系の中で、国家だけは例外的に生命を奪えるとする特別の理由を見つけることができないだろう。いつてみれば、社会的な被害者感情という消極的な要素を背景として、国家が人の生命を奪うということを正当化の根拠としていることになるが、それ以上の正当化の論拠は見いだせない。

第二に、死刑廃止論の根拠の一つに、誤判の可能性ということがあるが、自白偏重裁判との批判がいまだに強いなかで、冤罪を生む刑事司法の構造的問題は解体されたとはいえない点である⁽⁵⁾。

第三に、死刑の意味はどこにあるのかである。死刑は殺すこと、すなわち、その人物をこの世界から抹殺してしまうことに意味があるのか。それとも、罪を悔いてその者が叫びつつ死ぬことに意味があるのだろうか。そのことを考え併せるならば、死刑は二重三重の意味で残虐性をもっているということができよう。すなわち、生命を奪われること、それ自体によって、さらに死を認識しつつ生命を奪われることにおいてである。それは、逆に、生命を奪うこと、つまり執行官においても同様のことがいえるだろう。つまり、生命を奪うという感情の内発性がない状況下で他者の生命を奪うことになるのであるから、人間にとつて最も残酷なことといえるのかもしれない。

第四に、死刑存廃論を論じる意義の再認識の必要性である。今、われわれは近時の死刑存廃論の議論のあり方をもう一度踏まえ、その廃止論がどんな意味をもつか、改めて提示し直す必要があるだろう。死刑廃止論は、すなわち問題を掘り起こすことである。つまり、死刑を廃止することによって被害者感情が充足できるのかどうか。被害者感

情がどのようなものであるのか、さらには、代替刑をどのようなものにすべきなのか、そして元来、刑罰とはどのようなものなのか、といった新たに根源的な問題を掘り起こすことになるからである。

それに比し、死刑存置論は現状のままでなんらその根源的な問題を意識化することを隠蔽してしまうことになる。そして、犯罪をめぐるさまざまな問題を改めて考える機会をつくるとともに、異なった意見を浮び上がらせ、それとの向き合い方を考える機会を掘り起こす重要な機会が死刑廃止論に求められるのであり、そうした廃止論が現在展開されてきはじめているというように理解することができる。

注

(1) 村井敏邦「死刑廃止の具体策について…死刑の代替刑論に対して」『民衆司法と刑事学』庭山古希(現代人文社 一九九九年)四一二頁以下。

(2) 日本弁護士連合会「犯罪被害者の支援・被害回復・権利確立等の取り組み」『死刑制度問題に関する提言』(二〇〇二年)二一頁。

(3) 三原憲三「死刑廃止の研究」(第三版)(成文堂 二〇〇一年)、同「死刑存廃論の系譜」(第五版)(成文堂 二〇〇三年)、同「わが国における死刑の廃止と代替刑をめぐる立法の動向」朝日法学論集三〇号一九一頁以下参照。

(4) 最(大)判昭二三・三・一二集二・三・一九一。

(5) 三原憲三「死刑廃止の研究」(第三版)(成文堂 二〇〇一年)五〇七頁以下、日本弁護士連合会「死刑制度に関する提言」一三―一四頁。

五 代替刑の提案をめぐって

もし仮に死刑を廃止した場合には、次に死刑に代わるべき刑罰(代替刑)をどのようにするのが当然のこととし

て考えなければならない。⁽¹⁾ところで、現在、死刑を廃止した国で採用されている死刑の代替刑としては、仮釈放を伴う無期刑と仮釈放を全く伴わない絶対的無期刑ないし終身刑がある。しかし、仮釈放を全く伴わない絶対的無期刑のような刑罰は、受刑者をしばしば精神的絶望と肉体的疲弊の極に陥らせる残酷な刑罰（憲法三六条）であることから、今日では絶対に認めることはできないであろう。ちなみに、死刑を廃止しているドイツでは、死刑に代わる刑罰として「終身自由刑」（Lebenslange Freiheitsstrafe）（二八条）が採用されていたが、第二〇次刑法変更法律が公布されたことにより、その内容に改革が加えられ最短期間は一五年と定められた（五七条a一項一號）⁽²⁾。また、昭和五六（一九八一）年に死刑を廃止したフランスでは、死刑に代わる特別な代替刑は定めなかったが無期刑でも一定の条件のもとで（一五年の執行経過後）仮釈放を認められるのが現行法の建前であるから（刑法七二九条三項）、実質的な無期刑ではないというべきであろう。⁽³⁾

それでは、わが国においては、どのような無期刑を採用することになるのだろうか。死刑に代わる刑罰については、主として死刑廃止論者が、これを提案したのである。その点につき、菊田幸一教授は、「死刑廃止論者がなぜに死刑の代替制度を提示しなければならないかに疑問をもたないでもない。死刑は廃止するかしないかであって、死刑に代替するとする案はあくまでも死刑制度の存否を前提としている。その意味では次善の策以上をでない。死刑廃止の運動が次善の策で足りかえられることを許してはなるまい」⁽⁴⁾とする。しかし、死刑の廃止を現実の問題としてとらえる以上は、当然のこととして、代替刑を考えないわけにはいかないという論者が多いのも事実であろう。それでは死刑廃止論者は、その点をどのように見ているのだろうか。死刑を廃止した場合に代替刑を考慮しないということならば、それは当然のこととして無期刑ということになる。⁽⁵⁾現行法制のもとにおける無期の懲役および禁錮は、理論的には終身の拘禁となることもあり得る刑罰であるが、法的には一〇年の服役後には仮出獄を許すことが認められ（刑法二

七条)、實際にも二〇年以上で仮出獄を許される場合が大部分であることは明らかであり、二〇年以上の服役後に刑務所で死亡する事例は極く少ないといわれている。現代のようなテンポの早い時代の社会で一〇年あるいは一五年という期間が相当に長いものであることはいうまでもないが、生命そのものを奪う死刑に代わるべき拘禁の期間としては、いかにも短か過ぎると感じられるとする意見も強い⁽⁶⁾。それでは、その代替刑は具体的には、どのような内容をもっているのか。その主張されている代替刑としては、ほとんどが現行の無期刑よりは重いものを提案しているようである。

まず、花井卓蔵博士は、死刑も無期刑も廃止して、仮出獄なしの三〇年の拘禁を提案し、その理由としては、「死刑は我刑法でも、又外国の刑法でも、法文の存在に拘らず、真実に認めては居ない。換言すれば死刑は法文に形骸を存して、精神に亡ばされて居る。其理由は、時効論より来るのである。国家は遺忘と現実の痛苦とを推測して刑の言渡確定したる後三〇年間、其の執行を受けざるときは、時効に因りて刑を全免する。……三〇年間巧みに身を匿すに依りて死刑犯も無責任となる。三〇年間の逃走に於いて遺忘の推測が起るものとせば、又死と同等の痛苦を受けたるべきものと推測することを得るとせば三〇年間の隔離に於いて同様の推測が起らぬ道理はない。逃匿三〇年——我輩は自由隔離という。隔離三〇年——我輩は強制隔離と言う。此の間、国家が遺忘と現実の痛苦を推測するに於いて、何の区別があるであらうか。常識の判断に訴えても真に理解することが出来るではないか。人を殺して死刑に処せられ神妙に刑に服すれば真に生と絶たれ、獄を破りて逃亡すれば長への命を保たれる。我輩が死刑を以て三〇年の有期刑に代えんと欲する此の理由に依る。刑法上時効三〇年の規定は精神に於いて死刑を三〇年の有期刑と同視したるものと言わねばならぬ⁽⁷⁾。」としている。しかし、死刑をまぬがれたとしても、三〇年間の永きにわたって仮出獄がない無期刑が果して代替刑として妥当であらうか。疑問なしとしない。なお、同博士の刑法上時効三〇年の規定の精神は、よく理解できるところである。このことが平沢元死刑囚の時効の問題主張の論拠に発展したことは周知のとおりである。

つづいて、正木亮博士は、「死刑に代わるべき終身拘禁刑を設ける場合においては、まず刑法における仮出獄許可期間一〇年を一五年に延長する必要があると思う。」また、「この種の囚人に対しては恩赦の適用を排除しなければならぬ」と考える。そもそも恩赦とは、封建制度の名残りであつて犯罪防遏とは無関係である。仮釈放が囚人の善行と努力と悔悟促進の拍車的役割を努めているのに反して、恩赦は未だ改悛もしない危険加入をさえも赦そうとする矛盾を含んでいる。特に死刑に該するが如き凶悪犯罪人に対しては排除しなければならぬ⁽⁸⁾との見解を示している。さらに、同博士は、仮出獄許可期一〇年を一五年に延長する必要があると主張しているが、このことは、現在多くの学者によつて代替刑の無期刑の仮釈放の要件として考えられているものである。いわゆる現行の制度よりも五年間延長して拘禁した後に、仮釈放の可能性を認める重い無期刑ということになるのであろうか。また、木村亀二博士の「死刑の憲法違反として廃止せられねばならぬが、これに代わるべき犯人処遇の方法は又別に深く考えねばならぬ。従来形式における自由刑は、死刑に代わるべきものとして合目的でもなければ、効果的でもない。もつとも合理的な、且つ、もつと効果的な制度が考えられねばならない。われわれは、そこに、既に久しく、不定期刑の制度を示唆して来た⁽⁹⁾」と主張しており、吉川経夫教授も「もし死刑を廃止した場合に、これに代わるべき刑をいかに定めるかは、最大の難問の一つである。常識的に考えられるのは無期刑であらうが、この場合特別部会で考えられたように仮釈放の要件を加重することは妥当であらうか。こうした「重無期刑」を設けたならば、受刑者を自暴自棄にし、その受刑者に対する処遇は極度に困難になると訴える矯正当局の声は、無視することができない。やはり仮釈放制度の弾力的な運用に期するほかはないであらう⁽¹⁰⁾。」と提案される。木村亀二博士の不定期刑の採用については、死刑の代替刑としての無期刑が考えられ、仮釈放の要件の年数の議論とは別に、罪刑法定主義の原則とのからみで不定期刑を提案することには無理があらう。

ところで、木村亀二博士と同じように不定期刑を採用する立場として、市川秀雄教授は、「一般予防の立場からいうならば、死刑に代えるのに不定期刑があるので、敢て死刑に依らなくとも社会の保全すなわち公共の福祉を完うし得られないということはない（これは、IKVのドイツ部会の決議においても認められるところ）で。それで、むしろ個人の尊厳ということからすれば、死刑に変えて不定期刑を採るのが新憲法の精神に従うゆえんと考えられるのである。この点について、少年法が、一定の少年に対しては、死刑を以て処断すべきときは無期刑を言渡すことになっていることを注意すべきであろう」と主張している。⁽¹¹⁾これに対して、齋藤静敬博士は、「死刑に代わる刑罰として、諸種のものが考えられるが、『終身拘禁』刑いわゆる重い無期刑を提唱したいのである。これは、特殊刑務所において犯罪人自身の犯罪行為についての反省批判と、その改善更生とを図ることを目的としている。終身拘禁といっても、受刑者をして、一生刑務所に拘禁するものではない。一切の希望を奪うほどの刑を科すことは、人道上不適當である。希望を与えないで本人の悔悟や更生を期待することは不可能である。何時の日にか、自由の回復が可能であることを期待できるものでなければならぬ。現行刑法によると、無期自由刑に処せられた者でも、服役後一〇年の経過により仮釈放することができるようになってゐる（刑法二八条）。筆者の提唱する終身拘禁刑においては、これを一五年服役した後、改悛の情が顕著である場合には、被害者の遺家族の同意を要件として仮釈放を認めようとするものである。注意すべきは、この一五年という刑期は、絶対的なものであり、恩赦の適用を範圍外とする」と主張する。⁽¹²⁾以上のうちで、特別刑務所とは、どのようなものを予定しているのか。改めての提案を期待したい。次に、被害者の遺家族の同意を要件としてということであるが、これがあるか、ないかが仮釈放を認める基準になることが果して妥當であるか疑問なしとしない。前者とを併せてのさらなる提案に期待したい。

ところで、齋藤静敬博士の一五年説に対して、加藤久雄教授は二〇年説を採用して、次のように主張する。すなわ

ち、「私は、立法論としては、『死刑』に代替する刑罰として『特別無期自由刑』（刑の執行二〇年を仮釈放の目途にしたもの。上のように『無期』の可能性のある数件の事件がそれぞれ個別審理の対象になる場合には無期刑を併科できる）と一般無期刑（これは、現行の無期刑と同じもの）の併立制を考えている」。

「『特別無期自由刑』の場合には、『刑の執行後二〇年』を仮釈放起算日とし、しかも『社会感情』がその仮釈放を承認しているという条件を必要とする。『被害者の同意』を必要条件とするという意見もあるが、この場合『被害者の同意』をその要件とすべきでない。ただし、二〇年以上も経って、家族を殺した犯人の仮釈放審査に被害者の遺族が再び介入せねばならないことは、悪夢のような事件を忘れようとしてきた遺族に再び事件を思い出させることになり、それは別の意味で『被害者の感情』を害することになるからである」⁽¹³⁾と。思うに、私としては、一般無期刑を採用するのが妥当であると考ええる。その理由は、私の従来からの主張に一致するからである。

次に、刑法改正作業のなかでの代替刑の議論について紹介をしておこう。すなわち、「死刑を廃止した場合に、これに代わるべき刑罰として、生涯仮釈放を許さない終身懲役刑を設けるという主張もあるが、この問題について検討したが、このような絶対的無期刑は、本人にとって非常に残酷な刑罰となること、社会復帰の希望が与えられない者に対する処遇方法は極めて困難であり、効果的な矯正処遇を期待することができないこと等の理由から、これを支持する意見はなかった。ただ、死刑を存置する場合においても、現在の無期刑は、一〇年で仮釈放される可能性があるもので、死刑との差が大き過ぎることがかねてから指摘されており、この点について、(イ) 現行法どおり一〇年で仮釈放のできる無期刑とたとえば二〇年以上服役しなければ仮釈放できない無期刑とを設けることは、考慮に値するという意見、(ロ) このような軽重二種の無期刑を設ければ、現在の死刑と無期刑との間の断層が若干なりともせばまり、実際の量刑上少しでも死刑の宣告を少なくする効果が期待できるという意見が述べられ、この問題は、……さらに検

討することとされた⁽¹⁴⁾と。しかし、改正刑法草案では死刑の全廃を主張する意見も出されたが、直ちにこれを全面的に廃止することは適当でないとする意見が強く、死刑は存置することに決定された。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

それでは、次に死刑廃止論者として、現在も力強い論陣を張っている刑法学界の重鎮でもある団藤重光博士の主張を紹介しなければならない。それは、すなわち、「仮釈放を認めない絶対的無期刑（終身刑）」というものは、本来、承認できないのです。……」としたうえ、「しかし、それにもかかわらず、私は便宜上、終身刑を認めることは、やぶさかでないのです。……」死刑を廃止するために、あらゆることを考えなければならないという意味で、私も絶対的な終身刑の考え方も十分考慮に値すると思うのです」

「ただ、私の考えによれば、その場合でも、恩赦の可能性は最後まで残るものと見なければなりません。……」それで、将来、死刑に代わる絶対的終身刑が立法上、制度として認められた場合、そのままでは仮釈放は認められませんが、個別恩赦の恩恵には浴し得るわけですから、普通の無期刑に減刑した上で仮釈放を与えることはあり得ると考えなければなりません。ですから、一つの立法的な妥協点として、絶対的終身刑を認めるということは、十分に考えていいことだと思います。……」

「無期刑——無期懲役なり無期禁錮なり——になった者が、あまりにも容易に仮釈放で出されてしまう現状のもとでは死刑を廃止することはできないという意見が強いことは十分に理解できることです。ですから、そうならば、絶対的終身刑というものを新しく作って、その代わり死刑は廃止する。本来、死刑になったであろう者は、絶対的終身刑にし、その後の状況によって恩赦の道だけは開いておく、これは十分に考え得る一つの筋道だと思います⁽¹⁷⁾」と。

つづいて、日弁連の「死刑に代わる最高刑についての提言」を紹介しておかなければならない。すなわち、「死刑制度問題を議論する前提として、『死刑に代わる最高刑』についての調査研究及び具体的な提言が急務である。わが国の

場合、刑罰制度として死刑と無期刑との隔絶した格差が問題とされてきた。死刑が生命を奪うという極刑であるのに対し、一〇年を経過すれば仮釈放が可能である無期刑とは確かに隔絶した格差が存在し、これらの隔絶した格差の存在が、死刑制度に関する議論をゆがめているということもできる。十分に納得のできる死刑に代わる最高刑の提起を伴って死刑制度問題を議論すれば、死刑についての国民意識も変わりうると考えられる」

「死刑に代わる最高刑に関して、仮釈放を認めない終身刑がまず考えられるが、これに対しては、死刑同様に残酷な刑罰であり、死刑廃止を求めるあまり、逆に人道に反する刑を選択することがあつてはならないとの指摘がある一方、これにより、死刑廃止が実現するのであれば、死刑廃止を最優先目標として考えるべきであり、経過的な次善策として仮釈放を認めない終身刑を設けるべきであるとする意見もある。また、現行法の無期刑の外に仮釈放制限期間を二〇年程度に制限する無期刑等を新設すべきであるとの意見もある」

「これらの議論を更に深めて、国民的合意の得られる死刑に代わる最高刑ないし死刑と現行無期刑との間の格差を埋めるための無期刑の新設等についての調査研究、提言は急務の課題であり、死刑存廃論議は、これらの提言を踏まえて行わなければならない」⁽¹⁸⁾と。

注

(1) 死刑に代わる刑の必要性の基礎は何かについては、村井敏邦「死刑廃止の具体策について——死刑の代替刑論に対して」、『民衆司法と刑事学』庭山古稀（一九九九年）四二二頁以下参照。

(2) 田中開「西ドイツにおける終身自由刑の改革——第二〇次刑法変更法律の施行にちなんで」ジュリスト七九八号五四頁以下、中村治郎「死刑廃止国調査報告——死刑廃止への道のりと廃止後の最高刑の行方」刑事弁護二五号一一五頁、柳重雄「死刑の存在しないことが当たり前の国々——死刑廃止国（イギリス、フランス、ドイツ）調査に参加して——」自由と正義五二巻四号一二頁以下。なお、ドイツにおける凶悪犯罪と死刑復活待望論については、加藤久雄「死刑代替論について」法学研究六九巻二号一四八頁、同「ポストゲノム時代の「無期自由刑」のあり方について——ドイツにおける死刑に代わる「無期

自由刑」と社会治療処遇モデルの復活から学ぶもの——「犯罪と非行一四〇号五〇頁以下、第47回人権擁護大会シンポジウム第3分科会「21世紀日本に死刑は必要か——死刑執行停止法の制定と死刑制度の未来をめぐって——」日本弁護士連合会（二〇〇四年）一九〇頁以下がある。

- (3) 新倉修「フランスは死刑を廃止した」ジュリスト七九八号一六四頁以下、石堂功卓「死刑制度の再検討」中京法学二九卷二二三—四合併号八三頁、赤池一将「フランスにおける死刑廃止後の仮釈放制度とある無期懲役囚の軌跡」龍谷大学矯正・保護課程委員会編「矯正講座」二四号（成文堂 二〇〇三年）一六九頁以下、林眞琴「死刑廃止後のフランス」罪と罰三二卷一号、第47回人権擁護大会シンポジウム 第3分科会「21世紀日本に死刑は必要か——死刑執行停止法の制定と死刑制度の未来をめぐって——」日本弁護士連合会（二〇〇四年）一九二—一九三頁。

- (4) 菊田幸一「犯罪学」（一九七一年 三七三頁、同「わたくしの死刑廃止論」書齋の窓三〇一—二四頁、同「ホーンブック犯罪学」（一九八一年）九八—九九頁、同教授の最近の論文としては、「死刑に代替する終身刑について——アメリカでの現状を踏まえて」法律時報七二卷一〇号五五頁がある。他に、宮澤浩一「死刑（その二）」②刑事政策演習講座(24)警察学論集四四卷四号一三七頁以下参照。なお、死刑の代替刑として論ずる前として、松井千秋「無期懲役（禁錮）刑に関する一考察」三原古稀（二〇〇二年）一二五頁以下がある。

- (5) 瀧川春雄博士は、死刑を廃止すればそれに代わるべきものとして考えられるのは無期懲役であると断言する。しかし、それですべてが解決することにはならないとして、次のような主張をしている。すなわち、「……ところが死刑を廃して無期刑に代らしめるとなると、その国家にとって最も危険性の大きな凶悪な犯罪人を普通一般の無期刑囚と同様に果して扱えるかどうか。すなわち、恩赦などを認めない一生監獄で暮す前途に何の希望もない完全な終身懲役の制度を、従来の無期刑の他に定めなければならないのではないか。なるほど生の苦痛と死の苦痛という相違は両者の区別として明確な分岐点となっているであろうが、無期刑には救済が残されている。この救済を全然絶ち切った永久隔離の悲惨さは堪えられるものではない。この完全な永久隔離を死刑に比較するとき、果して苦痛恐怖にとれだけの質的相違があるのかわたくしは疑問に思う。」と（刑法総論講義〔新訂〕（一九六〇年）二二四頁）。大谷實教授も死刑に代わるべき刑罰は、「終身拘禁が、通常の無期刑よりも重い特別の無期刑以外にないであろう」と提案する（刑事政策講義〔第四版〕（一九九六年）一二四頁）。

- (6) 鈴木義男「死刑」大塚仁Ⅱ宮澤浩一編「演習刑事政策」（一九七二年）二二九—二三〇頁。

- (7) 花井卓蔵「刑法俗論」（一九二二年）二〇二頁。この見解に対して、藤本哲也教授は「これは刑法第三三条の時効論を前提としての議論であるが、死刑も無期刑も廃止して有期刑のみで対応している立法例は、スペインを始めとして中南米の諸国

にも見られるところから、一つの代替案とはなり得るものであろう」として評価する（刑事政策概論〔全訂版〕（一九九六年）一三〇頁）。

他に、向江瑋悦博士は「私は受刑者に仮出獄の権利を与えとともに、現行刑法が有期刑について刑期の三分の一、無期刑について一〇年の経過により仮出獄を許可する要件としている点に着目し、無期刑を三〇年未満、死刑を五〇年以下に変更することを提案したのである」（死刑廃止論の研究（一九六〇年）三四五頁）との提案がある。さらに、死刑に代わる刑として「二十年刑は極めて相当なりと信ず」とする提案がある（印南於菟吉「無期刑廃止論」監獄協会雑誌一五巻四号三二頁）。

（８） 正木亮「現代の恥辱」（一九六八年）一四四―一四五頁。そして、同博士は死刑に代わるものとして、前掲書一四四頁以下により具体的なものを提案されている。なお、小川太郎「死刑論の方向」法律のひろば二四巻一―二頁が参考となる。

（９） 木村亀二「新憲法と刑事法」（一九五〇年）一八八頁。さらに、同博士は「死刑が憲法違反である」ということは、これに代わるべき制度とともに従来の刑罰制度の全国的な再検討を要請している。そのことを自覚することが、又、死刑の問題に関連して新憲法が与えている重要な課題であることを看過すべきではなからう。」と指摘する（前掲書一八八頁）。

（１０） 吉川経夫「刑法改正三議」（一九七九年）一一五頁、藤本哲也・前掲書二二七―二二八頁。

（１１） 市川秀雄「刑法における市民法思想と社会法思想」（一九六三年）一二八―一二九頁。

（１２） 斎藤静敬「新版 死刑再考論」（一九八〇年）二八八頁以下。

（１３） 加藤久雄「ボーグーレス時代の刑事政策」（一九九九年）七六頁、同「刑事政策的視点による死刑廃止への一考察」法学研究六一巻二号九六頁以下、同「死刑代替論について」法学研究六九巻二号一四一頁以下、同「刑事政策入門」（一九九一年）一五一頁以下、同「死刑存廃論」の人道の刑事政策論的再検討——代替刑による廃止か世論重視の存置か——宮澤古稀（第二巻）「刑法理論の現代的展開」（二〇〇一年）三三頁以下、同「死刑の代替刑について」現代刑事法三巻五号四八頁以下。問題点を指摘するものとして、木村榮作「死刑と無期の中間刑としての終身刑導入問題について」法の支配二二二号二七頁参照。なお、斎藤、加藤の両説に対しては、藤本哲也・前掲書二二九頁参照。

（１４） 法制審議会刑事法特別部会第二小委員会議事要録（六）七一〇頁。

（１５） 法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案附説明書二二二頁。

（１６） 三原憲三「改正刑法草案と死刑問題」八木國之ほか「基本マスター刑事政策」（一九八一年）八八―八九頁、同「改正刑法草案における死刑廃止」法律時報四六巻六号一二五頁以下、同「死刑存廃論の法的根拠」創価法学七巻一号一三五頁以下を参照。

- (17) 団藤重光『死刑廃止論』(第六版)(有斐閣 二〇〇〇年)八六―八七、三三三―三四頁。これを評価するものとして、木村栄作「死刑と無期の中間刑としての終身刑導入問題について」法の支配二二二号二七頁参照。
- (18) 日本弁護士連合会「死刑制度問題に関する提言」(二〇〇二年)二〇―二二頁。

六 むすびに代えて

以上、死刑に代わる刑罰をめぐっては、前記のように多くの論者によって、各種の代替刑が提案されている事実を知ることができる。そこで、次に私の考え方を明らかにしなければならないだろう。私は、従来から死刑は存置するか廃止するかであり、従って、それを議論するに当って、われわれがなぜ代替刑を提案しなければならないのが理解できないのである。⁽¹⁾代替刑を提案する論者は、それによってひとまず死刑廃止に近づくと考えているのではないか。ところで、私は裁判に誤判の可能性がある以上は、いや、そうした事実が多数内外で発生していることが、すでに明らかにされていることによっても、現行の刑法から「死刑」の二字を削除しなければならないと主張して久しいのである。従って、もし死刑を廃止した場合には、当然のことながら現行制度の無期刑を採用すれば十分だと考える。⁽²⁾⁽³⁾そのことは、たしかに一〇年で仮釈放が可能かもしれないし、また現実には一五年での仮釈放があり得るにしても、凶悪な犯罪に対する社会の反応あるいは被害者の遺族の感情等を考慮しなければならないとすると、仮釈放の要件が、さらにきびしくなることは予想できよう。一〇年を経過すれば、現実には二〇年から二五年で仮釈放されるということ(4)は、あくまで一つの要件であり、可能性である。⁽⁴⁾また、それは仮釈放されるまでの期間の平均値なのであって、それにあまりこだわらる必要はないと思う。死刑を廃止することによって、その代替刑を考慮するあまり、かえって人道に

反することのないよう留意しなければならない。

その後の動きについては、世界のなかで死刑廃止国が増加していくけれども法務省は、国民世論が死刑存置を望んでいることを理由に⁽⁵⁾世界の流れに耳をかさず死刑は存置したままである。そうしたなか、平成十二年(二〇〇〇)年九月一四日に、自由民主党、公明党、保守党(その後、保守新党を経て、現在は自由民主党と合併)は、一生刑務所で送らせる「終身刑」の導入にむけて刑法改正を検討するプロジェクトチームを設けることで合意し、同月一九日の政策責任者会議で正式に決定するとマスコミで報じられた。⁽⁶⁾その理由として、自民党内では、「このところ続発している少年犯罪をめくり、一八歳未満の少年が凶悪犯罪で無期懲役刑になっても、短期間で仮釈放される例があることを問題視する声があがっていた」⁽⁷⁾し、同党としては、「死刑と無期懲役刑の間に終身刑をはさむことで、犯罪抑止効果が高まると判断した」と報じた。⁽⁷⁾

その後、この問題は国会の法務委員会で議論が重ねられながら、立法側の動きとしては、ほぼ半世紀ぶりに超党派の国會議員(一二三名で構成)でつくる死刑廃止議員連盟がまとめた。すなわち、死刑の代りに仮出獄を認めない「重無期刑(仮称)」を設ける死刑廃止法案の議員立法をめざすと報じられた。⁽⁹⁾これは仮出獄を認めないことから実質的な終身刑である。これに対しては、死刑と無期刑の差が大きすぎることから、その中間刑として二〇年から三〇年以上服役しなければ、仮出獄は認められないとして、「特別無期刑」を設ける試案も準備されていることが伝えられている。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

注

(1) 菊田幸一『死刑——その虚構と不条理』(新版)(明石書店 一九九九年)三二三頁以下参照。他に、同、いま、なぜ死刑廃止か(丸善ライブラリー 一九九四年)、岩井宣子『ワークショップ・死刑と代替刑』刑法雑誌四三巻三号。

(2) 竹内正教授は、死刑を廃止するには、死刑に代わるべき特別の自由刑、たとえば、仮出獄も恩赦もない文字通りの無期刑とか不定期刑の採用を考えるべきだとの主張もあるが、「わたくしは、そのようなものを設けるべきではないとおもう。出所

の希望の全くない文字通りの無期刑の残酷さは人間の神経の耐え得るところではないし、監獄内の治安維持上も問題である。不定期刑も行刑上の効果その他において問題が多い。死刑を廃止するからといって、そうした特別の自由刑を考える必要はなく、通常の無期刑、つまり仮出獄も恩赦も一定の場合には可能な無期刑でよいとおもう。」とする（『死刑問題の一考察』研修三七六号三四頁）。香川達夫博士は、「少なくとも無期刑への転換を認めるのなら、それはまさしく無期刑そのものであつてそれ以外ではなく、既存の無期刑との間に差異を設けるべき理由もない。その処遇を同一にしてこそ、死刑にかえて無期刑とするこの意味がある。」とする（『刑法講義（総論）』（一九八〇年）四四〇頁）、同「死刑」森下忠二須々木主一編『法学演習講座 刑事政策』（一九七五年）一一六一—一七頁参照、同「死刑」森下忠編『刑事政策演習』（改訂増補版）（一九七一年）二八頁以下、同「刑事立法とその批判」（一九七〇年）二八頁以下。菊田幸一教授は、「それでは死刑を廃止したあとどうするかと死刑存置論者は質問するだろう。われわれは死刑の廃止が唯一絶対の目的なのであつて、死刑を廃止したあとどうなるかについて答える義務もなければその必要もないと考える。いたずらに死刑代替制度を提示することは死刑存置論を力づけることになるどころか、死刑廃止の根本理念がいつの間にかゆがめられることに気づくべきであらう。しかし、あえて死刑廃止後のあり方に答えるならば、現存する極刑たる死刑について重い刑罰である無期懲役が死刑のなくなつたあとにおける極刑とならう。その極刑がどのようなものになるかについて、いま死刑廃止に先だつて論ずることは意味をもたない。」と主張する（『わたくしの死刑廃止論』書齋の窓三〇一—二四頁、同「死刑に代替する終身刑について——アメリカでの現状を踏まえて」法律時報七二卷一〇号五五頁以下）、同「死刑に代替する終身刑」年報・死刑廃止03『死刑廃止法案』（二〇〇三年）四六頁以下。牧野英一『刑法総論』（一九四八年）四八九頁、石原明二墨谷葵二前野育三森本益之『改訂刑事政策』（一九八〇年）一三九—一四〇頁。他に、類似のことが行なわれたものとし、記録に明らかにされているものとして、尾張徳川藩第七代の藩主宗春の著した「温和政要」に依ると、仮令千万人の中、一人誤りて刑しても天理に背き、第一国持の大きな恥なり。不幸不義並びに人を殺せし類は其罪顯然なれども、それさへ随分念を入るべし。云々」とある。そこに、近代刑法の精神の流れていることを窺えるのであるが、かくして、享保一五年から元文四年の春まで、その治政一〇年間一人の死刑をも行なわなかつたというのであり、重罪者でも「永牢」止りであつたという。「永牢」とは長期不定期刑をいうものとも解せられ、死刑の不定期刑への変更に至る転換が行なわれていたことが考えられるのである（市川秀雄『刑法総論』（一九六一年）四二二頁）。死刑が廃止されれば代るべきものとして考えられるのは無期懲役である（瀧川春雄『刑法総論講義』（一九六〇年）二二二頁）。岡野光雄『死刑執行延期と死刑の代替刑』福田平二大塚仁編『刑法総論II』（一九八二年）三五—三六頁、

森下忠『刑事政策入門』（一九八二年）二六一頁以下、森本益之『現行刑罰制度とその問題点』竹内正二・伊藤寧『刑法と現代社会』（一九八三年）参照、松尾浩也『刑』平場安治・平野龍一『刑法改正の研究——I 概論・総則』（一九七二年）二六六・二六七頁、加藤久雄『死刑代替論について』法学研究六九巻二号二三頁以下、同『死刑存廃論』の人的刑事政策論的再検討——代替刑による廃止か世論重視の存置か——（第二巻）『刑法理論の現代的展開』宮澤古稀（二〇〇〇年）三三頁以下、辻本衣佐『死刑の存廃論をめぐる』加藤久雄・瀨川晃『刑事政策』（一九九八年）五八・五九頁、森下忠『刑事政策大綱』（新版）（一九九六年）四二・四三頁、土本武司『死刑存置論と廃止論の接近』松尾古稀（一九九八年）一一頁以下。

- (3) 一九五五年以降に個別恩赦によつて死刑から無期に減刑されたものは三人である。この点について、勢藤修『死刑の考現学』（一九八三年）二八一・二八二頁、一六二、一六四頁以下参照。加賀乙彦氏は、死刑と無期刑との差がいかにへだたっているかということについて、「無期受刑者として無反則で一生懸命につとめれば、十年後には仮釈放の申請ができる、十年先の希望にむかつて全力をつくすというのが彼の明るい口調で、きっぱりと述べたことだった。」と書いてあることが注目される（『死刑囚の記録』（一九八〇年）四四頁）。それだけ釈放の希望の全くない無期刑は人道に反し、残酷そのものであるといえよう。

- (4) 保坂展人前衆議院議員（社民党）の質問主意書に対する政府答弁書によると、「無期受刑者の年別平均服役期間は、一九七七—七八年は十五年五ヵ月—十六年八ヵ月で推移したが、八九年に十八年十ヵ月となり、九五年以降は二十年以上、最長は九七年の二十一年六ヵ月だった」ことが分かった（二〇〇〇年一〇月三日付日本経済新聞夕刊）。また、「無期懲役刑確定者のうち四十年以上服役している受刑者が十七人に上り、うち二人は五十年を超えていること」も分かった（二〇〇〇年一〇月三日朝日新聞夕刊）。なお、保坂展人前議員提出の「死刑の必要性、情報公開などに関する第三回質問主意書」については、年報・死刑廃止99『死刑と情報公開』（一九九九年）一九三頁以下および年報・死刑廃止03『死刑廃止法案』（二〇〇三年）三二・三三頁参照。無期懲役刑受刑者の仮釈放までの服役期間については、岩井宣子『わが国における死刑・無期刑』犯罪と非行一四〇号二頁、木村栄作『死刑と無期の中間刑としての終身刑導入問題について』法の支配一二号二二頁参照。

- (5) 三原憲三『死刑存廃論の系譜』（第五版）（成文堂 二〇〇三年）一七五頁注（25）以下。

- (6) 二〇〇〇年九月一五日付朝日新聞。仮釈放を認めない「終身刑」の導入について、政府は二〇〇〇年一〇月三日、野党議員の質問に対する答弁書で「死刑を緩慢に執行するようなもので、長期間の服役によつて受刑者の人格が完全に破壊されてしまふなど、死刑よりも残虐だ」という意見もあり、慎重な検討が必要だ」としている（二〇〇〇年一〇月三日付朝日新聞）。

- (7) 二〇〇〇年九月一五日付朝日新聞。

- (8) 三原憲三・前掲書三一頁以下参照。
- (9) 二〇〇二年三月一六日付朝日新聞。その点、くわしいことについては、三原憲三「わが国における死刑の廃止と代替刑をめぐる立法の動向」朝日法学論集三〇号一九一頁以下参照せられたい。なお、「一九九四年超党派の国会議員による『死刑廃止を推進する議員連盟』が結成され、九五年、死刑執行停止法案を議員立法として提出する検討を開始したところ議員連盟の協力要請を受けた衆議院法制局から同法案につき違憲の疑いがあるとの見解があつたといわれている」(日本弁護士連合会『死刑制度に関する提言』(二〇〇二年)二七頁注(35)、他に、二四―二五頁参照)。
- (10) 二〇〇二年三月一六日付朝日新聞。
- (11) 大島令子「死刑廃止しなければ人権後進国」二〇〇二年五月二七日付朝日新聞、近宗千城「死刑制度 命でしか償えない罪」二〇〇二年七月七日付朝日新聞。

(朝日大学法学部・大学院法学研究科教授)